



ugr Universidad de Granada



Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura



Cátedra UNESCO de Resolución de Conflictos UNIVERSIDAD DE CORDOBA

COLABORAN:



ISBN 978-84-338-5439-1



34

Las praxis de la Paz y los Derechos Humanos
Joaquín Herrera Flores *In memoriam*

Las praxis de la Paz y los Derechos Humanos

Joaquín Herrera Flores *In memoriam*

JESÚS ABELLÁN MUÑOZ
ALFONSO CORTÉS GONZÁLEZ
EULOGIO GARCÍA VALLINAS
ROSA GILES CARNERO

CARMEN GONZÁLEZ CANALEJO
FRANCISCO A. MUÑOZ
MANUEL TORRES AGUILAR
MIGUEL VAZQUEZ LIÑAN (eds.)

P



X

LAS PRAXIS DE LA PAZ Y LOS DERECHOS HUMANOS
—Joaquín Herrera Flores *In memoriam*—

JESÚS ABELLÁN MUÑOZ
ALFONSO CORTÉS GONZÁLEZ
EULOGIO GARCÍA VALLINAS
ROSA GILES CARNERO
CARMEN GONZÁLEZ CANALEJO
FRANCISCO A. MUÑOZ
MANUEL TORRES AGUILAR
MIGUEL VÁZQUEZ LIÑÁN
(eds.)

LAS PRAXIS DE LA PAZ
Y LOS DERECHOS HUMANOS
—Joaquín Herrera Flores *In memoriam*—

GRANADA
2012

Este libro es una aportación del Proyecto de Excelencia "Cultura de Paz en Andalucía. Experiencias y Desafíos" (convocatoria de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia. Junta de Andalucía), dirigido por el profesor Francisco A. Muñoz, miembro del Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada.

© LOS AUTORES
© UNIVERSIDAD DE GRANADA
© UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Colaboran:

Servicio de Publicaciones Universidad Pablo de Olavide
Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga
Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz
Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva
Editorial Universidad de Almería
Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla
LAS PRAXIS DE LA PAZ Y LOS DERECHOS HUMANOS
ISBN: 978-84-338-5439-1
ISBN: 978-84-9927-126-2
Depósito legal: Gr. 2.878-2012
Edita: Editorial Universidad de Granada.
Campus Universitario de Cartuja. Granada.
Motivo de Cubierta: José Manuel Peña.
Fotocomposición: TADIGRA. Granada.
Imprime: Imprenta Comercial. Motril. Granada.

Printed in Spain

Impreso en España

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos -www.cedro.org), si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

PRÓLOGO

Nací débil. Así comienza Santos su testamento. El testimonio de su voluntad. Palabras que intentan explicar cómo se fue formando su carácter, sus ideas y el objetivo que pretende conseguir después de que su voluntad acabe desvaneciéndose entre anestias ficticias y reales. (J.H.F)

Con esas palabras Joaquín Herrera Flores da inicio al texto de nombre Testamento, escrito días antes de ingresar en el hospital, en Triana, de donde no saldría con vida. Último extracto de una serie de escritos y poemas trabajados en los años que antecedieron su muerte, fragmentos escritos en medio del miedo, Joaquín revivía en la persona de Santos recuerdos de una vida matizada por la debilidad física y la fortaleza intelectual que decidió registrar haciendo uso de un personaje autobiográfico:

Santos era un tipo delgado, de mirada aguda pero un tanto cansada de tanto ver y aceptar las cosas raras que la vida impone a sus súbditos. Desde muy joven, se había acostumbrado a la reflexión. Quizá a causa de esa maldita costumbre le costaba tanto tranquilizarse, tomarse la vida más levemente y sobre todo dormir. Algunas veces el insomnio le proporcionaba oportunidades de leer, de escuchar música o salir y vivir la vida nocturna de la ciudad. Ahora no. En los últimos tiempos le producía un daño tremendo no poder desconectarse del mundo.

Los amigos y amigas que aquí se reúnen para un homenaje póstumo desconocen en el trianero de aguda mirada cualquier debilidad, cualquier flaqueza más allá de la debilidad física. Contestador, provocador, coherente con lo que teorizaba también en la vida cotidiana, Joaquín

al proceso participativo, porque: (...) *en una auténtica democracia no podemos prescindir de la participación. Pero tampoco asumirla como una moda. La participación social y ciudadana es un componente sustantivo de la verdadera Democracia. De no ser así, nuestras democracias se convierten sólo en formalistas, pero sin lograr incidir en el rumbo y en las decisiones de los procesos socio-políticos. La formulación, ejecución y control de políticas públicas, siguen siendo atributos sólo de la cúpula del poder.*⁴¹

Nuestro profesor consiguió acercarnos con su posicionamiento activo y sus reflexiones a un campo extenso de estudio y compromiso social. Pues Herrera, ante todo, abrió las puertas de la Universidad al compromiso social, como idea de su democracia; e invitaba a compartir escenario reflexivo al tejido asociativo y reivindicativo de la ciudad de Sevilla y Andalucía, acorde con su concepción del juego democrático. Debemos agradecerle enormemente su confianza en el Aula y en nuestro trabajo, ya que los presupuestos participativos y el compromiso en el seguimiento y fundamentación que aportó, sigue latiendo en nuestro enfoque de estudio.

41. Hemos utilizado aquí las palabras de Carlos Núñez Hurtado (cátedra «Paulo Freire» Universidad ITESO Guadalajara Jalisco, México) por parecernos un correcto cierre, y un posible resumen de las reflexiones presentadas. Conferencia: *Desafíos éticos, técnicos y políticos de la participación social*. XVI congreso mundial de educadores sociales Montevideo, Uruguay, noviembre de 2005.

ÍNDICE

PRÓLOGO (glosa de Joaquín Herrera Flores)	7
INTRODUCCIÓN	11
TESTAMENTO DE JOAQUÍN HERRERA	21
PHRÓNESIS Y PRAXIS. TEORÍAS Y PRÁCTICAS DE LA PAZ <i>Francisco A. Muñoz, Cándida Martínez López y Juan Manuel Jiménez Arenas</i>	31
¿QUÉ DESARROLLO? <i>Jesús C. Abellán Muñoz</i>	59
LA GUERRA ES LA PAZ. LA PROPAGANDA COMO PRODUCTO CULTURAL <i>Miguel Vázquez Liñán</i>	81
CULTURA DE PAZ Y BIOPOLÍTICA. PENSAR LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UN NUEVO PENSAMIENTO ANTAGONISTA DE LO PROCOMÚN <i>Francisco Sierra y Lucía del Moral</i>	109
LA REINVENCIÓN DE LAS DEMOCRACIAS <i>Manuel E. Gándara Carballido</i>	121

EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA AFECTIVIDAD Y LA SEXUALIDAD. HACIA UNA POLÍTICA REVOLUCIONARIA DEL DESEO <i>Octavio Salazar Benítez</i>	145
LA PAZ PERPETUA COMO FIN DE UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL <i>José J. Jiménez Sánchez</i>	207
DERECHO INTERNACIONAL: EL POLIFEMO Y EL EJERCICIO DE HUMANIDAD <i>Carol Proner</i>	227
EN BUSCA DE LA DIGNIDAD DE LOS DESARRAIGADOS. EL DERECHO DE ASILO Y SU IMPERFECTA CONSAGRACIÓN JURÍDICO INTERNACIONAL <i>Nuria Arenas Hidalgo</i>	241
REFLEXIONES EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO <i>Rosa Giles Carnero</i>	263
LOS DESAFÍOS FORMATIVOS DEL DOCENTE PARA UNA CULTURA DE PAZ EN LA ESCUELA DEMOCRÁTICA <i>Eulogio García Vallinas</i>	287
FORMANDO LA SOCIEDAD DEL FUTURO. LOS DERECHOS DE LOS ESTUDIANTES EXTRANJEROS <i>José Joaquín Fernández Alles</i>	311
DEMOCRACIA Y BACKLASH NEOCOLONIALISTA EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO ÁRABE CONTEMPORÁNEO: PERSPECTIVAS IDEOLÓGICAS Y SOCIO-HISTÓRICAS <i>Juan Antonio Macías Amoretti</i>	353

«SÍ PERO NO AUNQUE SÍ». NEGOCIACIONES DE LOS SEFARDÍES DE SALÓNICA CON LA CORTE OTOMANA <i>María José Cano Pérez</i>	375
ORIENTALISMO, XENOFOBIA Y RACISMO: PÚNICOS Y NORTE-AFRICANOS ANTE LOS CLÁSICOS <i>Antonio Ruiz Castellanos</i>	393
EL SOCORRO SANITARIO EN LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA. AYUDA PARA LA PAZ (1936-1945) <i>Carmen González Canalejo</i>	421
DISTRIBUCIÓN DEL PODER POLÍTICO EN JOAQUÍN HERRERA. APORTACIONES PARA UN PROCESO DEMOCRÁTICO EN LA CIUDAD DE SEVILLA <i>Vicente Barragán, Rafael Romero y José M. Sanz</i>	449

Para no olvidar el pasado y seguir luchando en aras de la «dignidad» defendida por el Profesor Herrera, permítasenos terminar citando el último gran desafío que el Profesor consideraba debería constituir el foco que ilumine nuestras prácticas:

(...) el afirmar que lo que convencionalmente denominamos derechos humanos no son meramente normas jurídicas nacionales o internacionales, ni meras declaraciones idealistas o abstractas, sino procesos de lucha que se dirijan abiertamente contra el orden genocida y antidemocrático del neoliberalismo globalizado.(...) No hay más objetividad que la fuerza de la multitud que, como defendía Deleuze, convierte en común la lucha y dota de realidad a la utopía.⁴⁷

REFLEXIONES EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO

ROSA GILES CARNERO
Área de Derecho Internacional Público
Universidad de Huelva

La idea común que sirve de base al conjunto de trabajos que componen este Libro Homenaje es la de entrar en diálogo con los textos de Joaquín Herrera Flores, de forma que se convirtiera en un tributo a su persona y su obra. En un ámbito estrictamente jurídico, este diálogo permite acudir a sus textos en busca del pensamiento que el profesor de Filosofía del Derecho desarrolló en un área de conocimiento que suele servir de llamada continua a nuevos planteamientos dogmáticos en el análisis jurídico, y que sirve, a su vez, de inspiración para los estudios incluidos en otras áreas y que se ocupan de cuestiones jurídicas específicas. En mi caso, este planteamiento general me ha permitido utilizar sus palabras para esbozar nuevas preguntas y reflexiones, en torno a un ámbito determinado que ocupa desde hace años mi docencia y mi tarea investigadora, como es el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de igualdad de género.*

*. N. E. Para una perspectiva más amplia sobre cuestiones relativas a la igualdad de género, se recomienda ver el capítulo 6 de este mismo volumen SALAZAR, Octavio. *El derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. Hacia una política revolucionaria del deseo.*

47. HERRERA FLORES, J. (2005), *op. cit.*, pp. 266-287.

Con frecuencia provienen de la Filosofía del Derecho, cualquiera que sea la nomenclatura que reciba esta disciplina en los diversos sistemas académicos de nuestro entorno internacional, las innovaciones jurídico-dogmáticas que terminan por conformar corrientes metodológicas de carácter multidisciplinar. Este ámbito doctrinal suele ser el espacio al que volver la mirada en busca de nuevas inspiraciones con las que abordar el análisis de materias de especialización que, una vez y otra, nos conducen a las preguntas comunes presentes en el quehacer jurídico y social. En la extensa obra de Joaquín Herrera, puede encontrarse con frecuencia esta inspiración y, entre sus textos, se ha elegido la monografía *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una crítica de las opresiones patriarcales*, para volver la mirada en busca de sus ideas en torno a la configuración del principio de igualdad de género.¹

La obra del profesor Herrera está profundamente comprometida con el objetivo de alcanzar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, permitiendo a estas últimas abandonar los sistemas tradicionales en los que su posición aparece subordinada. Otras aportaciones del mismo autor resultan también relevantes en este ámbito,² pero *De habitaciones propias y otros espacios negados* aparece como especialmente pertinente en el propósito del presente trabajo, no sólo porque en este texto desarrolló ampliamente sus ideas en torno al principio de igualdad, sino porque también el mismo autor parte de la idea de entrar en diálogo con obras de muy diversa naturaleza que pueden aportar la inspiración necesaria para que el razonamiento jurídico abandone un dogmatismo enclaustrado, y se convierta en una herramienta con la que lograr una sociedad más igualitaria. El profesor Herrera complementó las necesarias referencias a la ciencia jurídica, con el diálogo con los textos de Virginia Wolf, Gloria Anzaldúa, o Henrik Ibsen, entre otros, partiendo de la afirmación de que «la novela, y el arte en general, nos acercan a la vida desde la incertidumbre, las paradojas, las contradicciones, las impurezas de la

1. HERRERA FLORES, J. (2005) *De habitaciones propias y otros espacios negados. Una crítica de las opresiones patriarcales*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto.

2. En relación a estudios de género no puede dejar de destacarse la obra RUBIO CASTRO, A.; HERRERA, J. (2006): *Lo público y lo privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, en la que se incluye, en particular, la aportación HERRERA, J. (2006): «Manifiesto inflexivo: consideraciones intempestivas por una cultura radical».

vida. Vamos a ellas buscando respuestas y lo único que nos aportan son preguntas, aunque aún no sepamos darle la denominación adecuada»³. Esas preguntas son utilizadas por el autor para desarrollar una aproximación propia al problema de la igualdad de género, y el diálogo entablado resulta, en sí mismo, un ejercicio de reflexión que pretende reproducirse en el presente trabajo.

El objeto de análisis que se desarrolla en las páginas siguientes viene referido, como ya se ha apuntado, a la jurisprudencia del TEDH que incide sobre cuestiones de igualdad de género. Este órgano judicial se enmarca en el seno del Consejo de Europa, y se configura como la principal instancia europea en la interpretación de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La relevancia del TEDH viene dada no sólo de constituirse en interprete y garante del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*,⁴ sino de las consecuencias de su jurisprudencia en los sistemas jurídicos de los Estados Partes, que lo configuran como uno de los impulsores principales del orden jurídico europeo que comúnmente se define como producto de la actividad del Consejo de Europa.⁵ A esto puede añadirse que, en los próximos años, la influencia del TEDH también tendrá que ser necesariamente destacada en la actividad que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desarrolle en interpretación de la *Carta de Derechos Fundamentales*.⁶ Desde este punto de vista, puede considerarse que la jurisprudencia del TEDH supone un referente fundamental en el continente europeo en relación a la valoración de los elementos de género que pudieran presentar los asuntos que le son sometidos. El análisis de sus pronunciamientos desde esta perspectiva resulta, por lo tanto, de especial interés.

3. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 28.

4. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950. Puede consultarse el texto original en español en BOE núm. 234, de 10 octubre de 1979, y la versión consolidada tras la entrada en vigor del *Protocolo de Enmienda No. 11* en BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

5. Puede verse un interesante conjunto de trabajos recientes que reflexionan sobre el desarrollo de un espacio jurídico común europeo en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (2010) *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Sevilla, Gandulfo Ediciones.

6. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, puede consultarse la última versión publicada en *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 83/389, de 30 de marzo de 2010.

El profesor Herrera defendió en *De habitaciones propias y otros espacios negados* la pertinencia de adoptar una metodología feminista en el análisis jurídico. Cuando trasladamos esto al estudio de la jurisprudencia del TEDH no hacemos sino seguir la tradición iniciada en Estados Unidos en la década de los setenta por el movimiento de la *Feminist Jurisprudence*, que trataba de incluir en el análisis de la práctica judicial una aproximación que tuviera en cuenta las cuestiones del género. El punto de partida de esta corriente metodológica suponía resaltar el hecho social de la diferente posición de mujeres y hombres, para, a partir de ahí, enjuiciar el tratamiento que este hecho recibía en los criterios desarrollados en las sucesivas sentencias que se ocupaban de asuntos similares. La metodología inicial del movimiento de la *Feminist Jurisprudence* podría suponer, por tanto, una interesante aproximación a la jurisprudencia de cualquier tribunal de Justicia, y especialmente relevante en relación al TEDH.

Conforme a las ideas señaladas, las próximas páginas pretenden dialogar con las ideas de Joaquín Herrera expresadas en la obra *De habitaciones propias y otros espacios negados*, utilizando como objeto de estudio algunos de los asuntos que han sido sometidos al TEDH y que incluyen elementos relacionados con el problema de la igualdad de género. Para ello, se incluye un primer apartado en el que se reflexiona sobre la que debe considerarse como jurisprudencia relevante en el análisis de la igualdad de género, para después ahondar en el estudio del principio de prohibición de discriminación por razón de sexo recogido en el artículo 14 del CEDH. Un pequeño apartado dedicado a algunas reflexiones a modo de conclusión sintetizarán las principales ideas desarrolladas.

1. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Si utilizamos un enfoque de género en el análisis de la jurisprudencia del TEDH, la primera pregunta que podría formularse es la relativa a qué casos de entre los sometidos a este tribunal son los que prioritariamente deberían estudiarse utilizando esta perspectiva. La respuesta a esta pregunta puede parecer fácil en una primera instancia, pero cuando observamos la práctica académica no dejan de presentarse algunos interrogantes. Cuando se establece como objetivo el análisis de este ámbito de la jurisprudencia del TEDH, lo habitual es el desarrollo de estudios

referidos en exclusiva a la interpretación y aplicación del artículo 14 del CEDH, en el que aparece la prohibición de discriminación por diversas circunstancias entre las que se incluye el sexo. No cabe duda de que los casos presentados en el marco de este precepto resultan especialmente relevantes en el análisis de la actuación del TEDH en materia de igualdad, pero no agotan una realidad mucho más compleja. Como se verá en el siguiente apartado de este trabajo, el CEDH ha definido un principio de prohibición de la discriminación que necesariamente queda conectado al juicio sobre la posible vulneración de otros preceptos incluidos en el mismo texto. Si bien esta posición plantea algunos de los problemas que se analizarán más adelante, también nos podría conducir a la idea de que en la interpretación de todos y cada uno de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH puede rastrearse la relevancia del género, al margen de la estricta aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo reconocido en el artículo 14.

Cuando el profesor Herrera defendió la utilización de una metodología feminista en *De habitaciones propias y otros espacios negados*, lo conectó directamente al hecho de la complejidad de los factores que nos pueden llevar a considerar que existe una situación de discriminación basada en cuestiones de género. La idea que subyace a este planteamiento es que el sujeto queda encuadrado en un contexto social complejo, que caracteriza su situación. En palabras de Joaquín Herrera:⁷

[...] Hablamos de la necesidad de concretar el término desigualdad en función de tal «superposición de opresiones», la cual hace inconcebible que se pueda hablar de una desigualdad universal y homogénea: 1. La desigualdad es una variable continua (dinámica, cambiante, heterogénea). Esto quiere decir, que la desigualdad se despliega en un «continuo» que va de un extremo a otro del espectro social en que se sitúan los diferentes colectivos de mujeres, todo ello en función de la mayor o menor intensidad de opresión [...]. 2. La desigualdad es una categoría cuantitativa (se concreta en una mayor o menos «cantidad» de obstáculos en el acceso a bienes) y no meramente cualitativa (refiriéndonos a una especie de atributo abstracto que padecen por igual todas las mujeres sin distinción) [...]. 3. La desigualdad es una variable transversal, ya que, primero, afecta homogéneamente a todos los estratos sociales en que las mujeres

7. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 18. La cursiva es del texto original del autor.

y el resto de colectivos subordinados por la división social/sexual/racial del trabajo, se sitúan. Pero, asimismo, afecta diferencialmente a los diferentes colectivos, pues se va haciendo más intensa a medida que se descende en la pirámide social.

La misma idea fue señalada por el profesor Herrera al conceptuar la idea de patriarcalismo, de forma que precisó que «no es homogéneo. En él se incluyen no sólo cuestiones de género, sino, *asimismo*, cuestiones raciales, étnicas y de clase social».⁸ La complejidad que supone la interrelación de factores diversos, suele estar también presente en las realidades concretas de los casos sometidos al TEDH. Sin embargo, es habitual que el dato de la presencia de condicionantes de género quede silenciado o bien en la exposición misma de los hechos ante el TEDH, o en la sentencia posterior emitida por este tribunal. Las demandas y la argumentación jurídica suelen girar en torno a determinados hechos que tratan de enmarcarse en los preceptos del CEDH, pero sin valorar la posible incidencia del género en su desarrollo. Aunque nos encontremos ante situaciones en las que la vulneración de determinados derechos y libertades reconocidos en aquel texto presenten un indudable rasgo de feminización, el silencio en la valoración específica de estos factores es la regla general.

Un ejemplo de la situación descrita puede verse a través del análisis conjunto de las sentencias emitidas en relación a los casos Siliadin contra Francia (Demanda no. 73316/01), de 26 de julio de 2005, y Rantsev contra Chipre y Rusia (Demanda no. 25965/04), de 7 de enero de 2010. Ambos pronunciamientos pueden saludarse como un importante avance en la protección de los valores más básicos de las democracias europeas, al señalar no sólo la vulneración del artículo 4 del CEDH, referido a la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados, sino el reconocimiento de que este precepto impone obligaciones positivas para los Estados, que van más allá de la mera abstención respecto a las acciones expresamente prohibidas. Después del pronunciamiento jurisprudencial en estos dos asuntos, no sólo puede afirmarse que el TEDH considera que las prácticas de esclavitud, servidumbre y trabajos forzados suponen una realidad en la sociedad europea actual, sino que precisa que los Estados Partes en el CEDH tienen la obligación de garantizar la

erradicación de estas prácticas, desarrollando un sistema de protección de todas aquellas personas que se sitúen bajo su jurisdicción.⁹

Los dos casos señalados se referían a situaciones de explotación en las que las víctimas prioritarias eran mujeres y niñas, mostrándose en los hechos presentados unos fenómenos ampliamente feminizados. En particular, la señora Siliadin llegó a Europa, procedente de Togo, el 26 de enero de 1994, con quince años de edad. Entre el padre de la demandante y los Sres. D., residentes en París, se había acordado que la niña trabajase en la casa y la tienda de estos a cambio de rembolsar el dinero de su billete. La señora Siliadin trabajó durante años en la casa de los Sres. B, a quienes fue cedida, sin cobrar un salario y en condiciones laborales pésimas. La demandante ante el TEDH tenía la edad de 20 años cuando actuó el Comité contra la Esclavitud Moderna y, a partir de ahí, comenzó un largo proceso judicial en el que reclamó que se reconociera que había sido sometida a las prácticas prohibidas por el artículo 4 del CEDH.

El segundo de los casos reseñados se refiere a la demanda ante el TEDH presentada por el padre de la señora Oxana Rantseva, la cual había fallecido en extrañas circunstancias en Chipre. Esta joven, de nacionalidad rusa, llegó a Chipre para trabajar como artista en un cabaret el 5 de marzo de 2001. Los datos que podían verificarse en tono a su posterior muerte, parecían apuntar a que el caso se relacionaba con las redes de prostitución que abastecían los locales chipriotas de mujeres procedentes de países de la Europa del Este. Este fenómeno general estaba abundantemente documentado, y la señora Rantseva parecía ser una de sus víctimas particulares. También en este caso, el demandante solicitó que se considerase vulnerado el artículo 4 del CEDH.

En ambos casos el TEDH determinó que se enfrentaba a nuevas formas de esclavitud que tienen como objeto prioritario la explotación de

9. La práctica del reconocimiento de obligaciones positivas está ya bien asentada en la labor del TEDH cuando se refiere a diversos preceptos. Prioritariamente, podemos encontrar la afirmación de las obligaciones positivas de los Estados en las sentencias referidas al derecho a la vida (artículo 2); la prohibición de la tortura (artículo 3); el derecho a la libertad y la seguridad (artículo 5); el derecho a un proceso justo (artículo 6); y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8). Para un mayor análisis en este ámbito puede verse MOWBRAY, A.R. (2004): *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, USA, Hart Publishing.

8. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 32. La cursiva es del texto original del autor.

mujeres y niñas, y que incluyen necesariamente un sistema de tráfico internacional de seres humanos. Los datos que el mismo tribunal manejó en ambas sentencias apuntaban a que, tanto el tráfico con fines de esclavitud doméstica como el destinado a explotación sexual, suponían un fenómeno claramente feminizado, aunque los Estados habituales de procedencia de las mujeres variaban en una tipología y en otra. Pese a la constatación expresa de estos hechos, que en la sentencia Rantsev contra Chipre y Rusia llegó a suponer la transcripción de las conclusiones emitidas por diversos órganos nacionales e internacionales sobre la situación de las «artistas de cabaret» en Chipre, no se plantearían en la sentencia consideraciones específicas en torno al género que pudieran generar un análisis más amplio del tráfico internacional de mujeres.

En ambos casos, el TEDH declaró la vulneración del artículo 4 del CEDH, por lo que podría argumentarse que el análisis está concluido desde el momento que estas situaciones han sido tratadas con la neutralidad de un sistema de garantías de derechos humanos, aplicable al margen de tener en cuenta consideraciones basadas en el género. Ante este tipo de aproximaciones nos avisa con rotundidad el profesor Herrera, quien señala la importancia de tener siempre presente que «la subordinación no se debe a cuestiones naturales, ni siquiera al hecho de haber tenido menos oportunidades o menos educación *«Sino a que la sociedad está basada en una estructura de género que mantiene a las mujeres, de cualquier sector o clase, subordinadas a los (varones) de su mismo sector o clase y relativamente, con menos poder que todos los (varones)»*».¹⁰ Joaquín Herrera va más lejos al añadir que «cuando no se tiene en cuenta la exclusión y la dominación, lo jurídico actúa no ya como un freno, sino como un catalizador de la explotación y la subordinación [...], un instrumento que facilita la reproducción de dicha exclusión y dominación bajo la apariencia de neutralidad, universalismo y abstracción».¹¹

En los casos Siliadin contra Francia y Rantsev contra Chipre y Rusia, tener presente el aviso del profesor Herrera puede servir para destacar algunos problemas que plantea la supuesta neutralidad de la aplicación de los derechos y las libertades del CEDH en cuanto al género. En particular y en estos dos asuntos, considero que los principales riesgos aparecen en dos ámbitos. Por un lado, a la hora de abordar la conceptualización jurídica

de la víctima; y, por otro, ante la posibilidad posterior de concretar las obligaciones positivas que competen a los Estados en orden a asegurar la eliminación de las prácticas enumeradas en el artículo 4 del CEDH.

La consideración de víctima fue una cuestión abordada ampliamente, y desde diversos puntos de vista en el caso Siliadin. No cabe duda de que la afirmación de la pervivencia del estatuto de víctima pese a que se hubieran adoptado algunas acciones a favor de la demandante, incluida en el texto de la sentencia, puede considerarse como uno de sus rasgos más relevantes. No obstante, y en relación a las cuestiones objeto de reflexión en el presente trabajo, resultan particularmente de interés las argumentaciones desarrolladas por el TEDH respecto al dato de la vulnerabilidad de la señora Siliadin a la hora de concluir que podía considerarse víctima de una vulneración del artículo 4 del CEDH. A juicio de este tribunal, la demandante se consideró como un sujeto especialmente vulnerable, prioritariamente por la conjunción de los datos de inmigrante, menor, y mujer. Sin embargo y mientras que la argumentación en torno a los dos primeros rasgos ocuparon varios párrafos y fue reiterada en varios puntos de la sentencia, el dato del sexo no obtuvo ninguna consideración adicional. Los hechos del caso mostraban la relevancia de la sumisión a las autoridades familiares masculinas como presupuesto para la dominación de la víctima, pese a lo cual este tipo de entramado de control familiar no fue objeto de mayor reflexión en la sentencia.

Una situación como la descrita en el caso Siliadin, parece enmarcarse a la perfección en la descripción de patriarcalismo que ha desarrollado el profesor Herrera. De nuevo en *De habitaciones propias y otros espacios negados*, el patriarcalismo es definido como una «tradición política, axiológica y sociológica», que incluiría los siguientes principios: principio de dominación, de complementariedad («el dominado acepta la situación de inferioridad, reforzando su identidad a través del sentimiento inevitable de pertenencia a algo o a alguien), de necesidad («acepta su pertenencia al patrón abstracto universalizado política, axiológica y sociológicamente, parece que no tienen otra alternativa que vivir desde su «naturaleza»), de victimización («a causa de la asunción de los tres principios anteriores [...] el patriarcalismo les hace asumir la calificación de «víctimas», es decir, de sujetos pasivos destinados a sufrir irremediablemente las consecuencias del sistema [...])».¹² En consecuencia

10. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 68. La cursiva es del texto original del autor.

11. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 69.

12. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 32, 34 y 35.

con este planteamiento, la contextualización de la vulnerabilidad de una víctima debería incluir el análisis del sistema de patriarcado en el que está inmersa y, desconocer esta realidad, impide abarcar en toda su amplitud los sistemas que sirven de base en buena medida a las redes de esclavitud con fines domésticos. En casos similares al de la señora Siliadin, pero en los que la víctima no presentase rasgos adicionales de vulnerabilidad como la minoría de edad, un juicio que tuviera en cuenta las dinámicas de dominación de género podría ser crucial a la hora de permitir la aplicación de los preceptos del CEDH.

Al prescindir en el análisis de la valoración de las cuestiones de género, también se producen limitaciones importantes a la hora de evaluar las medidas que el Estado tendría que tomar para asegurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones establecidas en el CEDH. Aunque esta cuestión va a ser desarrollada en el siguiente epígrafe con más amplitud, no puede dejar de señalarse ahora la conexión que existe entre tomar en consideración el contexto patriarcal en la definición de víctima, y la posterior argumentación en torno a las obligaciones positivas que competen a los Estados a la hora de asegurar los derechos y libertades que han reconocido. La entrada de estos factores de análisis en la argumentación del TEDH podría suponer una mayor riqueza en los planteamientos de este órgano en orden a valorar las medidas que son necesarias para combatir un fenómeno tan complejo como el del tráfico de seres humanos. La actuación en este tipo de ámbitos requiere tener en cuenta todos los elementos que le sirven de base última, y que permiten la globalización de sistemas de explotación y vulneración de amplios colectivos de mujeres.

Si recapitulamos, podemos afirmar que casos como el de Siliadin contra Francia o Rantsev contra Chipre y Turquía, nos muestran la oportunidad de enjuiciar con una perspectiva de género cualquiera de los asuntos que le sean sometidos al TEDH. Esta conclusión no lleva sino a afirmar la pertinencia de las palabras del profesor Herrera, cuando señala la importancia de la metodología feminista. En palabras de este autor:¹³

Nuestra tesis es la siguiente: la teoría y la política llevada a cabo por las corrientes [...] de la, asimismo plural y diferenciada, teoría feminista, están poniendo en cuestión teorías y prácticas dominantes que

invisibilizan la diferencia y absolutizan la identidad [...]; tendencia que está afectando no sólo a las mujeres, sino que se extiende a una amplia categoría de sectores tradicional y permanentemente excluidos de las ventajas del sistema. [...] Estas corrientes feministas nos sirven para: 1º. Poner en cuestión las oposiciones binarias y las diferentes lógicas colonialistas que ocultan esas temporalidades disyuntivas e imponen un solo código normativo [...]. 2º. Poner en cuestión la creencia en la neutralidad del signo, es decir de la norma moral o jurídica y la separación entre sujeto y objeto de conocimiento [...]. 3º. Poner en cuestión el dogma de la libre elección de condiciones de vida [...].

La utilidad de la metodología feminista sería, precisamente, poner de relieve la existencia de factores que condicionan irremediamente a determinados colectivos en su posición frente a los derechos y libertades que han sido reconocidos de forma general. Para este autor, lo relevante es destacar estos factores, más que desarrollar cualquier tipo de argumentación basada en el reconocimiento de una supuesta esencia femenina que pudiera incluir consecuencias específicas en la forma de argumentación jurídica. En este sentido, puntualiza que «el dogma que hay que denunciar y rechazar no reside en una hipotética esencia sexual, étnica o racial de mujeres, indígenas o negros, sino en la imposición de un sistema de percepción (política, axiológica y sociológica) que nos induce a creer que cada cual deba ser conforme a la manera inherente y «eterna» que él mismo impone a cada sujeto. [...] De ahí la importancia de una teoría feminista empeñada en resaltar tales procedimientos».¹⁴

La evolución de una metodología basada en estos argumentos en el análisis del Derecho Internacional Público parece estar conforme con los planteamientos señalados. Desde el momento que la *Feminist Jurisprudence* adoptó unos presupuestos comunes con el movimiento *Critical Legal Studies*, pasó a compartir unos postulados en los que se hacía relevante confrontar los procedimientos supuestamente neutrales en la creación jurídica, y el prisma de la diversidad de situaciones que subyacía en la base. No obstante y pese a que puede afirmarse que esta metodología está bien consolidada en la práctica académica actual, no deja de presentar algunos problemas que han sido objeto de abundantes

13. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 52.

14. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 36.

críticas.¹⁵ Por un lado, se ha destacado la diversidad de planteamientos en una corriente que dista mucho de presentar unos planteamientos unitarios; por otro, se señala la debilidad de algunos de sus planteamientos teóricos. Son estos los ya tradicionales problemas que presenta la articulación académica de esta aproximación, y que explica en buena medida los silencios de muchos tribunales al enjuiciar hechos que presentan un claro rasgo de género.

De nuevo aquí son las palabras del profesor Herrera las que pueden servir de inspiración, al destacar la utilidad de este planteamiento de análisis frente a los límites apuntados:¹⁶

La pluralidad de enfoques y metodologías del feminismo, la apariencia de desorden teórico y conceptual, procede de esa sensibilidad por negar la preeminencia de un modelo teórico —y, por supuesto, ideológico— sobre los hechos sociales. Las posiciones feministas, con mayor o menos éxito, intentan acercarse a la realidad, primero, para deconstruirla— críticas al tratamiento dado a la mujer desde las diferentes teorías e ideologías—, y, en último término, para reconstruirla desde una perspectiva normativa con tintes claros de emancipación de los grupos marginados o excluidos de las garantías que ofrece el sistema patriarcal de dominio. Asimismo, cuando buceamos en la abigarrada bibliografía y en el ingente número de publicaciones periódicas, congresos y reuniones que sobre estos temas se están llevando a cabo en los últimos decenios [...], percibimos que la dificultad, y quizá la imposibilidad o, más aún, la indeseabilidad de un

15. Como ejemplo de reconocimiento general de la relevancia de estos estudios en el ámbito del Derecho Internacional Público puede señalarse lo expresado en el Simposium sobre Metodología en Derecho Internacional, que fue publicado en el *American Journal of International Law* de abril de 1999. En este encuentro en el que la aproximación feminista fue incluida entre las siete orientaciones metodológicas calificadas como fundamentales en el desarrollo del Derecho Internacional. En particular, los principales argumentos de la metodología feminista se desarrollaron por CHARLESWORTH, H. (1999) «Feminist Method in International Law», *American Journal of International Law*, vol. 93, núm. 2, pp. 379-394. Para un mayor estudio de la relevancia y los problemas que plantean las teorías feministas en el análisis del Derecho Internacional Público, puede verse el estudio FORCADA BARONA, I. (2009) «¿Está contribuyendo la teoría jurídica feminista al desarrollo de un Derecho Internacional democrático y participativo?», en GALLEGO DURÁN, M.; GARCÍA GUTIÉRREZ, R.; GILES CARNERO, Rosa (2009) *Género, Ciudadanía y Globalización (Vol. I)*. Sevilla, Alfar, pp. 253-287.

16. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 38 y 39.

único punto de vista feminista, reside en que estamos ante una perspectiva no instituida, no delimitada de un modo absoluto por lo existente, sino ante una reflexión «instituyente» que se sitúa como bien resulta de uno de los textos más brillantes de la jurisprudencia feminista, en un terreno de «voces en intersección», no de dominación ni de hegemonía.

A la hora de valorar la jurisprudencia del TEDH, esta perspectiva puede constituirse en una interesante herramienta que permita una mayor flexibilidad en la interpretación del principio de igualdad. El juicio sobre cuestiones de género puede significar incluir la evaluación de la diversidad sociológica presente en las sociedades europeas, dotando al sistema de protección de derechos y libertades fundamentales de una mayor eficacia. Estas consideraciones alcanzan un especial significado cuando se evalúa el artículo 14 del CEDH, por lo que volveremos a ellas en el siguiente apartado.

2. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como ya se ha apuntado en los epígrafes anteriores, el análisis del artículo 14 del CEDH suele ser el objeto de estudio prioritario cuando se aborda la jurisprudencia del TEDH desde una perspectiva de género. Este precepto señala que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Nos encontramos ante una enumeración clásica de circunstancias en base a las que queda prohibida la discriminación, pero este catálogo no puede considerarse en ningún caso como exhaustivo.¹⁷ Como puede leerse en el texto, son causas que se consideran «especialmente», y que incluyen

17. El carácter abierto del listado del artículo 14 del CEDH ha sido reconocido por el TEDH en asuntos como los decididos en los Casos *Engel y otros contra Holanda*, (Demandas no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), de 23 de noviembre de 1976; y *Rasmussen contra Dinamarca* (Demanda no. 8777/79), de 28 de noviembre de 1984.

una última referencia a «u otra situación», lo que permite dejar abierta la posibilidad de que otros motivos, además de los expresamente enumerados, puedan calificarse como enmarcados en el mismo precepto. Por supuesto y pese a lo apuntado, la inclusión expresa de una causa tiene importantes consecuencias, ya que esto permite que no se requiera una ulterior argumentación que la equipare a las nociones señaladas, lo que facilita su consideración por el TEDH.¹⁸ Conforme a este planteamiento, puede afirmarse que el sexo es una de las nociones habituales en la prohibición de discriminación presentes en este tipo de enunciados, y que esto equivale a subrayar la importancia de la acción internacional de lucha por la igualdad entre mujeres y hombres.

No cabe duda de que las ideas que subyacen en la formulación del artículo 14 del CEDH son las mismas que inspiraron otros preceptos internacionales como los artículos 1 y 7 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948; y 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966. Sin embargo, este artículo incluye un enunciado más limitado que el de los textos reseñados de ámbito global. Mientras que en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* o en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, se consagra el principio general de igualdad, en el artículo 14 del CEDH encontramos una prohibición específica de discriminación en el disfrute de los derechos que se incluyen en el resto de los artículos del texto. Habría que esperar a la adopción del *Protocolo Adicional núm. 12*, abierto a la firma el 4 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 1 de abril de 2005, para que en el sistema del CEDH apareciese expresamente una proclamación general del principio de igualdad.¹⁹ Se pretendió con este segundo instrumento recoger la amplia actividad del Consejo de Europa en la lucha contra la discriminación, así como los avances que se habían producido en la jurisprudencia del TEDH, de forma que se reconociera un principio de igualdad en toda su amplitud y que abordara temas de mayor controversia como el de la juridicidad de las medidas de acción positiva.

18. El TEDH ha señalado la relevancia de la inclusión expresa de determinadas causas en el Caso, *James y otros contra Reino Unido*, (Demanda no. 8793/79), de 21 de febrero de 1986.

19. Hasta la fecha el *Protocolo núm. 12* ha sido ratificado por 18 Estados Partes en el CEDH. España presentó su instrumento de ratificación el 13 de febrero de 2008.

Pese a los límites que puedan señalarse en el enunciado del artículo 14 del CEDH, no cabe duda de que supone un importante avance desde el momento que está incluido en un texto con medidas concretas de aplicación y control. El TEDH se constituye en el intérprete y garante de esta prohibición de discriminación, de forma que su jurisprudencia pasaba a ser un importante instrumento a la hora de delimitar los elementos que su aplicación práctica pudiera presentar. El análisis de la jurisprudencia en este ámbito puede exponer buena parte de los problemas de aplicación del principio de igualdad que han sido señalados por el profesor Herrera en *De habitaciones propias y otros espacios negados*, ya que muestra, en la práctica, la conjunción de los diversos factores que influyen en una situación en la que puede diagnosticarse la ausencia de un trato igualitario.

Si se efectúa un repaso general por los pronunciamientos del TEDH en el ámbito del artículo 14, lo primero que resulta destacable es precisamente su escaso número, lo que también puede afirmarse en relación a las sentencias referidas específicamente a la discriminación por razón de sexo. Quizás uno de los elementos que puedan explicar este dato reside en la necesaria vinculación de la demanda sobre la vulneración de este precepto a la de otros del CEDH, lo que dificulta la posibilidad de que se evalúen casos específicos de discriminación. El TEDH no ha dejado de reiterar en su jurisprudencia el carácter no autónomo del artículo 14, afirmando que el juicio sobre una situación de discriminación tiene que hacerse siempre teniendo en cuenta que se señale alguno de los derechos y libertades garantizadas en otros preceptos del CEDH.²⁰

Como ya se ha señalado en el apartado anterior, la vinculación del artículo 14 a otros artículos del CEDH no deja de tener sentido a la luz de afirmaciones como las recogidas por Joaquín Herrera, y que ponen de manifiesto la interconexión entre la discriminación por razón de género

20. El TEDH ha reiterado esta idea en una amplia jurisprudencia, entre la que puede reseñarse el Caso *Sindicato Nacional de la Policía Belga contra Bélgica*, (Demanda no. 4464/70), de 27 de octubre de 1975; el Caso *Marckx contra Bélgica*, (Demanda no. 6833/74), de 13 de junio de 1979; y el Caso *Karlheinz Schmidt contra Alemania*, (Demanda no. 13580/88), de 18 de julio de 1994. También la doctrina internacionalista ha recogido ampliamente la referencia a este carácter no autónomo, estableciendo la comparativa con el artículo 13 del CEDH, referido a un recurso efectivo. Sobre este aspecto puede consultarse a SUDRE, F. (2001): *Droit International et européen des droits de l'homme*, París, Presses Universitaires de France.

y otros tipos de situaciones de opresión. No obstante, la configuración recogida en el CEDH y reiterada por la jurisprudencia del TEDH, dificulta que este tribunal pueda abordar el análisis de situaciones en las que podrían enjuiciarse rasgos de discriminación por razón de género, sin entrar en la complejidad de tener que analizar la vulneración de otros preceptos. De hecho, esta idea parece haber entrado en alguna medida en la práctica del TEDH, ya que, aunque se subraye y reitere el carácter no autónomo del artículo 14, se incluyen en su jurisprudencia algunos matices de interés.

Uno de esos matices aparece en aquella jurisprudencia que, como ocurre en el Caso *Relativo a ciertos aspectos lingüísticos de la enseñanza en Bélgica* (Demanda nº 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), de 23 julio de 1968, reconoce cierta independencia del artículo 14 al considerar que podía concluirse su violación pese a que no se llegara a la misma consideración respecto de aquel al que se vinculase en cada caso. Esta idea fue reiterada en relación específica a la discriminación por razón de sexo en el Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido* (Demanda no. 9214/80; 9473/81; 9474/81), de 28 de mayo de 1985. En este segundo caso las demandantes, que eran titulares de un permiso de residencia en Reino Unido, pretendían la reunificación familiar con sus cónyuges y prometido a través de la solicitud de un permiso de residencia para ellos. La legislación británica no aceptaba la reunificación en el caso de mujeres residentes, aunque sí lo hacía cuando el residente legal era el varón. Ante esta situación, el TEDH consideró que no se había producido la violación del artículo 8, puesto que el Estado no estaba obligado a reconocer la agrupación familiar, pero sí del artículo 14 debido a que la forma en la que se producía la regulación nacional en este ámbito suponía una discriminación por razón de sexo en el disfrute del derecho a la vida familiar de las demandantes. En base a estos pronunciamientos, puede afirmarse que, aunque se subraya la idea de vinculación del artículo 14 a otros preceptos, esto no significa que sea necesario demostrar la vulneración específica del precepto del que el caso trae causa.

En este ámbito resulta también interesante señalar que, con frecuencia, el TEDH ha declarado que la aplicación del artículo 14 resultaba subsidiaria con relación a la aplicación de los artículos sustantivos, de forma que si se señalaba la vulneración de estos últimos no era necesario examinar si existía una causa de discriminación. El caso *Airey contra Irlanda* (Demanda no. 6289/73,) de 9 de octubre de 1979, supone un buen

ejemplo de esta línea jurisprudencial. A la demandante, de nacionalidad irlandesa y sin recursos, se le negó ayuda judicial en la interposición de una demanda contra su marido del que recibía malos tratos. El TEDH consideró que había habido violación del derecho a un proceso justo, recogido en el artículo 6, y del derecho al respeto a la vida familiar, recogido en el 8, pero rechazó considerar la alegación de discriminación conforme al 14 por entender que el caso quedaba concluido con estas consideraciones. No cabe duda de que con este tipo de aproximación se logra una sensación de efecto útil y economía jurídica, al destacar que la víctima ve reconocida la vulneración de sus derechos sin que sean necesarios argumentos ulteriores²¹. Sin embargo, en estos casos se evita una argumentación jurídica en torno a la prohibición de discriminación por razón de sexo que podría llevar a una rica reflexión y a importantes efectos prácticos. En el apartado anterior ya se señaló las carencias a las que puede llevar este tipo de planteamientos, y se utilizaron las palabras del profesor Herrera para plantear la necesidad de estar alerta ante aquellos planteamientos en los que una aparente neutralidad evita un mayor cuestionamiento en cuanto al género.

No obstante, también podemos encontrar sentencias del TEDH en las que no se sigue esta línea de argumentación. Un ejemplo reciente se ha producido en el caso *Opuz contra Turquía* (Demanda no. 33401/02), de 9 de junio de 2009, en el que nos encontramos con la terrible descripción de una situación de maltrato a la que la demandante, ciudadana turca, había estado sometida. El TEDH declaró por unanimidad la violación del artículo 2 en relación a la muerte de la madre de la demandante; del artículo 3 en razón de la dejación por parte de las autoridades de su obligación de proteger a la demandante de los actos de violencia doméstica cometidos por su exmarido; y del artículo 14 en relación con los artículos 2 y 3. Este planteamiento se aparta de la posición anterior, declarando expresamente la vulneración del artículo 14 pese a que ya se había declarado la de otros preceptos del CEDH. Esta sentencia supone un importante paso en el desarrollo de una aproximación de género en la jurisprudencia del TEDH, y el dato de abordar la cuestión de la vulneración del artículo 14 debe ser tenido en cuenta en este aspecto.

21. Un planteamiento similar suele desarrollarse respecto a la aplicación del artículo 13 del CEDH referido al derecho a un recurso efectivo.

Por lo tanto y realizando una síntesis de lo señalado, puede concluirse que pese a que la jurisprudencia del TEDH constata de forma reiterada el carácter no autónomo del artículo 14, también prevé la posibilidad de señalar su vulneración sin que el mismo pronunciamiento recaiga en el precepto sustantivo al que se vincula; así como la oportunidad de enjuiciar este artículo aunque ya se hubiese constatado la violación de otro de los preceptos del CEDH. A partir de este planteamiento general, puede señalarse que el TEDH ha diseñado un esquema de análisis claro para poder concluir que existe una discriminación prohibida por el artículo 14. La argumentación desarrollada en el Caso *Relativo a ciertos aspectos lingüísticos de la enseñanza en Bélgica* supone el principal referente en este sentido y, conforme a ésta, puede afirmarse que para constatar la existencia de una causa de discriminación se requiere que los hechos enjuiciados pongan de manifiesto un trato diferente; que la distinción no persiga una finalidad legítima; y que no existe proporcionalidad entre los hechos y el fin buscado. A la hora de evaluar estas condiciones, el TEDH ha reconocido el necesario margen de apreciación de los Estados, remitiendo al análisis del caso concreto la evaluación de las circunstancias particulares.

El esquema señalado fue seguido en la sentencia sobre el Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, en el que aparecía con claridad la conclusión de que era más fácil para un hombre que para una mujer conseguir la reagrupación familiar. De hecho, en este asunto la cuestión fundamental a debatir era si esta distinción tenía un objetivo legítimo y proporcional, lo que debía ser valorado con cuidado ante el hecho de que se ponía en tela de juicio la igualdad entre hombre y mujer. En el texto de la sentencia, el TEDH destacó que el objetivo de lograr la igualdad entre sexos era trascendental para los Estados miembros del Consejo de Europa, por lo que cualquier excepción al artículo 14 por esta razón tendría que fundarse en razones especialmente cualificadas. En el caso particular, no encontró estas razones y falló a favor de las demandantes.

Un análisis similar se incluyó en el Caso *Rasmussen contra Dinamarca*, de 28 de diciembre de 1984. En este asunto el demandante objetaba la legislación danesa que limitaba los plazos del padre para ejercer una acción de determinación de paternidad, mientras que no se limitaba este derecho de la madre. El TEDH estimó en este caso que el fin pretendido era legítimo, ya que se hacía en beneficio del interés del hijo, de forma que no se había transgredido el principio de proporcionalidad en el margen

de apreciación del Estado. En este caso se tiene en cuenta a la hora de abordar el problema del margen de apreciación de los Estados el hecho de que no existe una uniformidad en las legislaciones nacionales, lo que permite afirmar la no existencia de consenso en la materia.²²

El esquema de análisis señalado debe completarse con la afirmación de que el TEDH ha considerado que la discriminación puede darse también de forma indirecta, por lo que habría que evaluar todas las indicaciones que sean pertinentes en este ámbito. Este planteamiento aparece con claridad en el Caso *Zarb Adami contra Malta* (Demanda no. 17209/02), de 20 de junio de 2006, en el que la demandante había sido multada por no participar en un jurado al que había sido llamada después de haberse integrado en otros anteriores, y que alegaba la vulneración del artículo 14 en relación al artículo 4.3.d), referido al cumplimiento de una obligación cívica. El TEDH constató en este asunto la existencia de una violación del artículo 14 que venía de diversas causas, y que provocaba que pocas mujeres fueran llamadas como testigos mientras que, cuando lo eran, solían repetir. En este caso no nos encontramos con un precepto legal en tela de juicio, sino con una determinada política que produce efectos adversos sobre una concreta parte de la población, aunque esté enunciada en términos generales.²³ De nuevo aquí, parecen pertinentes las palabras de Joaquín Herrera cuando avisa de que la perspectiva patriarcal «se agazapa astutamente bajo nuestros símbolos culturales. Y lo hace construyendo y generalizando un sistema de valores que, al instalarse como «la percepción natural» de los fenómenos, margina cualquier otro que pueda oponersele, eliminando o degradando los lenguajes, discursos y categorías que pretendan salirse de sus dominios».²⁴

22. El TEDH utiliza la misma argumentación en el Caso *Petrovic contra Austria* (Demanda 20458/92), de 27 de marzo de 1998, en relación al cuestionamiento de si la licencia parental debe darse en las mismas condiciones que a las madres.

23. La misma idea se desarrolla en el Caso *D. H. y otros contra la República Checa* (Demanda no. 57325/00), de 13 de noviembre de 2007, el cual, aunque no referido a la discriminación por razón de sexo, resulta especialmente de utilidad en este ámbito. El asunto al que venía referido mostraba cómo se escolarizaba a alumnado gitano en centros para alumnos con dificultades de aprendizaje, sin que se les hubiera hecho pruebas de capacidad intelectual. El TEDH señaló que debía considerarse la vulneración del artículo 14 podría probarse indiciariamente por parte de quien alega la discriminación, utilizando, incluso, datos estadísticos.

24. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 14.

No obstante, las ideas del profesor Herrera van a ser de especial utilidad a la hora de abordar un último aspecto como es el de la necesidad de considerar que el artículo 14 genera obligaciones positivas para los Estados, así como el alcance de éstas. Este aspecto resulta especialmente trascendente, ya que supondría la afirmación de que el TEDH considera que la previsión del artículo 14 tiene que ser asegurada por los Estados a través de la adopción de todas las medidas necesarias en la totalidad del sistema nacional.

En este ámbito resultan relevantes algunos pronunciamientos en torno a la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva, que permitieran salvar una previa situación de discriminación. La sentencia en el Caso *Thlimmenos contra Grecia*, (Demanda no. 34369/97), de 6 de abril de 2000, puede considerarse el texto que ha marcado una clara línea jurisprudencial en esta materia. El demandante no podía acceder a un puesto de contable por tener antecedentes penales que provenían de su negativa a cursar el servicio militar por razones religiosas. Ante estos hechos, el TEDH consideró la vulneración del artículo 14 en relación al 9, sobre libertad religiosa, por entender que debía distinguirse entre las causas de los antecedentes penales. Lo más trascendente de este pronunciamiento es que el órgano judicial añadió que debía considerarse vulnerado el artículo 14 cuando los Estados, sin justificación razonable, no aplican un trato diferente a situaciones diferentes.

A la hora de valorar esta aproximación puede desatacarse la opinión de la profesora Encarna Carmona Cuenca cuando señala que «esta sentencia abre una interesante vía de ampliación del artículo 14 del Convenio y permitiría avanzar hacia lo que se ha dado en llamar igualdad material, como una forma de entender el principio de igualdad que tenga en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, para establecer y aplicar en ocasiones un trato legal diferenciado con la finalidad de conseguir la equiparación real de personas que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social». ²⁵ La autora no desconoce las críticas que este tipo de planteamientos genera en una doctrina ampliamente preocupada porque la acción excesiva en materias como

25. CARMONA CUENCA, E. (2009) «La Prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)», en GARCÍA ROCA, J; SANTOLAYA, P.: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Segunda Edición*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 752.

ésta pudiera dotar al TEDH de atribuciones propias de los legisladores nacionales, pero pese a esto va a reiterar la relevancia de la línea jurisprudencial establecida por la doctrina Thlimmenos.

La misma autora destaca el *Caso Stec y otros contra Reino Unido* (Demanda no. 65731/01; 65900/01), de 12 de abril de 2006, en el que se considera que no se vulnera el artículo 14 al establecer límites de edad diferentes para hombres y mujeres y tener en cuenta esta edad para señalar la edad límite con la que cobrar una pensión por incapacidad laboral. ²⁶ El TEDH se apoya en la doctrina Thlimmenos para señalar que no es contrario al CEDH que el Estado fije medidas diferentes para corregir desigualdades de hecho, ya que la ausencia de un trato diferenciado es lo que puede provocar que la acción del Estado sea contraria al artículo 14. Sigue la autora señalando que estamos ante una visión avanzada de este precepto, que supone que no hay sólo obligaciones negativas sino también «obligaciones positivas de dictar normas y adoptar las medidas que traten más favorablemente a aquellas personas que pertenezcan a colectivos que se encuentren en una situación de desventaja social». ²⁷

Los pronunciamientos jurisprudenciales señalados muestran que queda la puerta abierta a un reconocimiento general de obligaciones positivas que emanen del artículo 14. No obstante, aquí volvería a plantearse un nuevo interrogante al no quedar claro qué tipo de medidas concretas deberían incluirse en las acciones que los Estados debieran llevar a cabo. Nos encontramos ante una materia en la que dista mucho de existir consenso en los sistemas nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, por lo que resultará difícil señalar la línea común mínima que estos deberían adoptar.

De nuevo, sirvan aquí dos ideas planteadas por Joaquín Herrera y que pueden servir de guía en la evaluación de las acciones decididas en este ámbito. Por un lado, el profesor Herrera va a destacar, una vez más, el bagaje de las teorías feministas en estos ámbitos, el cual puede resultar de indudable utilidad. En palabras de este autor: ²⁸

La teoría política feminista [...] sería, pues, una teoría explícitamente comprometida con los contextos donde se despliega la acción social y

26. CARMONA CUENCA, E. (2009), p. 754 y 755.

27. CARMONA CUENCA, E. (2009), p. 755.

28. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 39 y 40.

que desea entender la sociedad y los valores predominantes con el objeto de desafiarlos y cambiarlos. Su finalidad no es el conocimiento abstracto empeñado en salvar modelos teóricos aún a costa de los hechos, sino el conocimiento susceptible de ser utilizado como guía para informar prácticas políticas de emancipación.

Por otro, es de subrayar una vez más la idea de las opresiones superpuestas, que llevarían a la necesidad de una actuación integrada en los diversos ámbitos que afectan a la posición social de la mujer. El profesor Herrera apunta que «[...] vindicar los derechos de la mujer a inicios del siglo XXI nos impulsa a insertar reivindicaciones de igualdad formal en la lucha por la creación de condiciones sociales, económicas y culturales que permitan tanto reconocer las *overlapping oppressions* [...], como un camino alternativo para transformar los obstáculos que las divisiones social y sexual del trabajo del capitalismo globalizado imponen a los colectivos marginados por tales opresiones superpuestas».²⁹ Si aceptamos esta idea, nos llevará a enjuiciar la pertinencia de incluir un concepto de transversalidad de género en los planteamientos desarrollados, y esto pese a que la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos ha mostrado con frecuencia los problemas de la entrada de estas nociones en la jurisprudencia europea.

3. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo las palabras de Joaquín Herrera Flores han servido de punto de apoyo en las reflexiones desarrolladas en torno a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como bien señalaba este profesor, esta tarea nos ha conducido a nuevos interrogantes de forma que cualquier conclusión debiera siempre considerarse como precaria y transitoria. Asumiendo este planteamiento, señalaré, a modo de conclusión, la relevancia en posteriores análisis de los siguientes argumentos:

1. La jurisprudencia del TEDH debería ser analizada en su totalidad desde una perspectiva de género. Sólo de esta forma puede ser

29. Ver HERRERA FLORES, J. (2005), p. 21.

entendida en su totalidad la posición de este órgano judicial en este ámbito, superándose así los límites que en esta tarea supone remitirse únicamente al análisis del artículo 14 del CEDH.

2. El artículo 14 del CEDH incluye un planteamiento restrictivo de la igualdad de género, al limitarse a la prohibición de la discriminación por razón de sexo en relación con otros preceptos del texto. Pese a esto, supone un ámbito esencial en el que desarrollar los pasos en orden a conseguir una instancia efectiva en la lucha para la igualdad de hombres y mujeres.
3. Tanto cuando nos referimos a la jurisprudencia general del TEDH desde una perspectiva de género, como a la aplicación del artículo 14, la pieza clave de la utilidad de estos pronunciamientos residen en la constatación de obligaciones positivas de los Estados. La discriminación por razón de género se desarrolla en contextos complejos, de forma que las medidas adoptadas para combatirla tendrán que tener en cuenta esta complejidad.
4. El llamamiento del profesor Herrera al uso de una metodología feminista se enmarca en los puntos anteriores, en los que se hace necesario un análisis de la realidad sociológica y jurídica que ponga en duda la aparente neutralidad de normas y sistemas de aplicación, y ayude en la búsqueda de soluciones eficaces para los retos planteados.